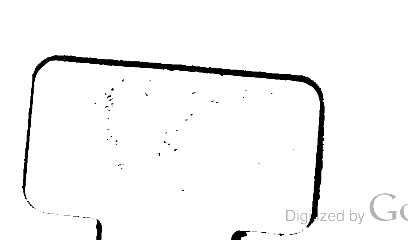


HARUM

VON DER ENSTEHUNG DES RECHTS

1863



VON DER ENTSTEHUNG DES RECHTS.

EIN VORTRAG

bei Gelegenheit der feierlichen Kundmachung der diesjährigen Preisaufgaben und Preisarbeiten

gehalten

von

Dr. Peter Harum,
o. ö. Professor des österr. bürgerl. Rechts, derzeit Rektor der hiesigen Universität.

INNSBRUCK.
Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung.
1863.



VON DER

ENTSTEHUNG DES RECHTS.

EIN VORTRAG

bei Gelegenheit der feierlichen Kundmachung der diesjährigen Preisaufgaben und Preisarbeiten

gehalten

von

Dr. Peter Harum,

o. ö. Professor des österr. bürgerl. Rechts, derzeit Rektor der hiesigen Universität.

INNSBRUCK.

Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung.

1863.



Druck der Wagner'schen Universitäts-Buchdruckerei.

Von der Entstehung des Rechts.

Die Lehre von der Entstehung des Rechts, wie sie durch die Koryphäen der historischen Schule, durch Puchta und Savigny[1]) entwickelt wurde, ist heutzutage als die unbedingt herrschende zu betrachten. Alle namhaften neueren Bearbeiter des gemeinen Rechts sowie der verschiedenen deutschen Partikularrechte haben sich derselben angeschlossen, und die Grundanschauung sowie die Art der Begründung ohne erhebliche Modifikazionen in ihre Werke aufgenommen. Es mag nun allerdings wie eine Ilias post Homerum erscheinen, diese durch solche Autoritäten festgestellte Lehre einer Revision zu unterziehen, und ihre Grundlagen zu untersuchen und nach Umständen richtig zu stellen. Allein nach dem bekannten Worte des Dichters haben, wo die Könige bauen, die Kärrner zu thun; und so mag es auch mir verstattet sein, eine Berichtigung der herrschenden Ansicht über die Natur und Entstehung des Rechts zu versuchen, die, wenn sie auch am Hauptresultate nichts ändert, doch weder theoretisch noch praktisch gleichgiltig erscheinen dürfte.

Es ist von selbst klar, dass die Anschauung von der Entstehung des Rechts wesentlich von der Auffassung des Rechtsbegriffs abhängig ist. Dieser Begriff des Rechts ist

aber nicht a priori zu konstruiren, und darnach etwa erst das, was Recht sei, zu bestimmen. Denn Recht bestand längst, ehe man sich von dessen Existenz Rechenschaft zu geben wusste, ehe man dasselbe in einen Begriff fasste. Das Recht ist daher für die Wissenschaft ein gegebener, nicht erst zu produzirender Stoff, gleich wie die Sprache; und die Rechtswissenschaft ist eine empirische Wissenschaft gleich der Sprachwissenschaft. Der Begriff des Rechts muss daher am thatsächlich gegebenen Rechte gemessen werden, und er kann nur dann richtig sein, wenn er seinen Stoff genau deckt, wenn er alles das und nur das in sich schliesst, was thatsächlich Recht ist.

Nicht immer hat man den Rechtsbegriff auf diesem Wege zu finden gesucht. Man glaubte vielmehr, denselben lediglich aus der Idee entwickeln, ein Vernunftrecht, Naturrecht hinstellen zu können, welches das einzig wahre Recht sei, — ein Irrthum, welchen zwar die Wissenschaft heutzutage überwunden hat, der aber im Volke noch immer verbreitet genug ist, um die Auffassung des Rechtes zu trüben, und zu bedenklichen praktischen Konsequenzen zu führen. Bei dieser Anschauung wird das Recht am Rechtsbegriffe gemessen, nach demselben bestimmt, was Recht sei, während dieser doch selbst nur aus dem schon existirenden Rechte abstrahirt werden kann; der Rechtsbegriff wird hiebei als das Gegebene, Vorausgehende brhandelt, während es sich gerade umgekehrt verhält. Natürlich muss das auf solchem Wege gefundene Recht mit dem Rechte der Wirklichkeit jeden Augenblick in Widerspruch treten; man stellt als Recht hin, was solches nicht ist, und läugnet das Recht, was ist.

Der Begriff des Rechts wird von diesem Standpunkte im allgemeinen dahin gefasst, es sei das Vernunftgebot für das äussere Verhalten der Menschen zu einander. Daraus folgt nothwendig, dass, was die Vernunft in dieser Beziehung verwirft, nicht Recht sein könne, und

was sie fordert, Recht sein müsse. Nun war und ist aber kein wirkliches, bestehendes Recht in solcher Uebereinstimmung mit jenem Vernunftgebote, dass nicht von diesem Gesichtspunkte aus demselben in einzelnen seiner Bestimmungen die Eigenschaft des Rechts abgesprochen, oder das Vernunftgebot als Recht substituirt werden müsste. Das Vernunftgebot ist ferner als solches ewig und unveränderlich, immer und überall eines und dasselbe; das Recht aber ist erfahrungsgemäss veränderlich, in verschiedenen Zeiten und Ländern verschieden. Jener Rechtsbegriff entspricht also nicht der Wirklichkeit, dem gegebenen Stoffe, welchen er umfassen und bezeichnen soll; er kann daher nicht der richtige sein. Die Vernunftgemässheit kann nicht das Kriterium des Rechts sein.

Die Unhaltbarkeit dieser Rechtsanschauung aufgedeckt und nachgewiesen zu haben, ist die grosse That der historischen Schule. Sie selbst sucht das Wesen des Rechts darin, dass es der allgemeine Wille, die gemeinsame Rechtsüberzeugung, das Volksbewusstsein vom Rechte, mit einem Worte die Norm sei, welche der Volksgeist für die äussern Lebensverhältnisse der Menschen schaffe.[2]) Soll diess ein Merkmal im Begriff des Rechts bilden, so dass nur jene Norm als Recht anerkannt wird, welche als ein Ausfluss des allgemeinen Willens, des gemeinsamen Rechtsbewusstseins, des Volksgeistes erscheint, so ist es zur Erkenntniss des Rechts ganz und gar ungeeignet. Denn wer soll diese Frage entscheiden? — Gegen jene materielle Auffassung, dass etwa der allgemeine Wille durch Zusammenzählung der Einzelwillen, die gemeinsame Rechtsüberzeugung durch Erforschung der Einzelüberzeugungen zu konstatiren sei, gegen diese Auffassung, die, wenn auch immerhin gänzlich unpraktisch, doch jedenfalls ein bestimmtes Resultat wenigstens als denkbar erscheinen liesse, verwahrt sich die historische Schule ausdrücklich. Nicht die zufällige

Vielheit der zu einer Gemeinschaft Verbundenen als solche sei es, welche jenen allgemeinen Willen, jene gemeinsame Rechtsüberzeugung bilde, sondern das Volk als Naturganzes, die geistige Gemeinschaft der durch Sprache und Abstammung verbundenen Volksgenossen, und zwar nicht blos in einem bestimmten Zeitpunkte, sondern durch den ganzen Wechsel der Generationen hindurch, — mit einem Worte, der die Einzelnen durchdringende und beherrschende Volksgeist.[3])

Es ist nun nicht zu läugnen, dass die Volksverschiedenheit auch im Rechte von Einfluss ist, dass sich der Volksgeist im eben entwickelten Sinne auch im Rechte, so wie in Sprache und Sitte äussert. Aber daraus folgt doch nur, dass der Volksgeist in dieser Richtung auch aus dem Rechte zu erkennen ist, nicht aber das Recht aus dem Volksgeiste. Man muss das Recht eines Volks kennen, um den Volksgeist in Bezug auf das Recht zu erkennen. Die Frage, was Recht ist, lässt sich daher nicht mit Berufung auf den Volksgeist beantworten. Man mag überhaupt die gemeinsamen Eigenthümlichkeiten, die sich in Sprache, Sitte und Recht eines Volkes finden, den Volksgeist nennen; man vergesse aber nicht, dass man damit der Erscheinung nur eine Benennung gegeben, nicht aber den realen Grund derselben gefunden hat.[4]) Dieser Volksgeist ist denn doch nichts weiter, als eine Abstraktion; es ist unser eigener Geist, der im Volke sich bespiegelt. Diesen Volksgeist als eine lebendig wirkende Kraft hinzustellen, und daraus das Recht herzuleiten, erinnert an jenes längst überwundene Stadium der Naturwissenschaften, in welchem diese noch mit Geistern operirten, und Lebensgeister, Lichtgeister, Feuergeister u. dgl. ihre Rolle spielten.

Dieser Volksgeist soll aber noch die Eigenthümlichkeit haben, dass er nur in der Jugendzeit der Völker kräftig wirkt; mit dem Fortschreiten der Völker in der

Kultur, mit der Entwicklung des Verkehrs geräth er in's Absterben.[5] Also je mehr Geist im Volke, desto weniger Volksgeist; und je mehr das Bedürfniss des Rechts hervortritt, desto mehr versiegt die Urquelle desselben. Jedenfalls ein sonderbares Verhältniss! Allerdings soll der Volksgeist sich dann wiederum eigene Organe der Rechtsbildung schaffen, die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft;[6] er soll sich also fortan im Gesetzgeber und Juristenstande kund geben. Allein wie soll der Volksgeist, diese im Volke als „Naturganzen" wirkende Kraft, durch einen blossen Theil des Volks dargestellt werden können?[7] Sind die übrigen Theile nun abgestorbene Glieder des Volkskörpers, so dass sie nicht mehr vom Volksgeiste beseelt sind? Und welche Fiktion endlich, den Gesetzgeber, nach Umständen eine einzelne Person, ohne weiters als den „wahren Vertreter des Volksgeistes"[8] zu erklären, und dessen Willen eben als den „allgemeinen Willen"[9] hinzustellen!

Es liegt in dieser Anschauung vom Rechte eine ungemeine Ueberschätzung des nationalen Faktors der Rechtsbildung,[10] indem dieser als der alleinige Urgrund des Rechts hingestellt wird, eine Ueberschätzung, die nicht minder in der Anschauung von der Staatenbildung hervortritt, wornach diese „ursprünglich und naturgemäss" nur auf einheitlich nationaler Grundlage entstehe, und die Verbindung mehrerer Völker zu einem Staate nur eine „Anomalie" sei.[11] Diese Behauptung widerspricht aller erfahrungsmässigen Staatenbildung; wenn es sich aber auch so verhielte, wäre ein solcher „anomaler" Staat darum weniger Staat, und das in demselben geltende Recht darum weniger Recht? — Die Nazionalität oder wenn man will der Volksgeist ist vielmehr nur ein Faktor der Rechtsbildung, und zwar keineswegs der vorwiegende; weit mehr ist es das in einer gegebenen äusseren Gemeinschaft wurzelnde Bedürfniss, welches die

Rechtsbildung in diesem Kreise bestimmt, und dieses Bedürfniss kann bei verschiedenen Völkern ganz dasselbe, und wieder für Theile desselben Volks ein verschiedenes sein.[12]) Oder wie wäre es sonst zu erklären, dass in einem und demselben Volke, dem deutschen, sich so viele Partikularrechte entwickelten; dass das römische Recht ohne weiters aus dem weströmischen in das oströmische Reich übertragen werden konnte, dass es endlich zum Weltrechte für germanische und romanische Völker wurde? Oder um auf näher liegende Beispiele hinzuweisen, wird nicht von den Rheinländern sogar mit Vorliebe das ihnen auf dem Wege der Eroberung zugeführte französische Recht festgehalten, ungeachtet z. B. den Rheinpreussen gewiss schon längst ein Produkt des deutschen Volhsgeistes, das preussische Landrecht, dafür zu Gebot gestanden wäre? Und wurde das österreichische Recht, seiner nationalen Färbung nach jedenfalls ein deutsches, nicht sofort nach der Erwerbung Galiziens ohne Anstand dort eingeführt, ja diess als eine Wohlthat empfunden? Wurde es nicht selbst im österreichischen Italien unverändert und ohne Widerstreben des Volksgeistes aufgenommen, derart, dass sogar die von Oesterreich abgerissene Lombardie noch jetzt daran festhält, und es dem sardinischen Rechte vorzieht? Und wahrlich, auch in Ungarn war es nicht die nationale Färbung des österreichischen Rechts und dessen etwaige Unvereinbarkeit mit dem dortigen Volksgeiste,[13]) sondern es waren ganz andere Verhältnisse, welche dort die Verwerfung des österreichischen Rechts, wahrhaftig nicht zum Besten des Landes, zur Folge hatten. Verträgt sich ja doch in Siebenbürgen und Kroatien dasselbe österreichische Recht noch jetzt ganz gut mit dem Volksgeiste, ungeachtet es nicht aus demselben hervorgegangen ist!

Solchen Erscheinungen gegenüber lässt sich doch

nicht behaupten, dass der Volksgeist oder richtiger gesagt die nationale Eigenart der Urgrund alles Rechtes sei. Man wird derselben vielmehr nur einen mässigen Einfluss auf das Recht zugestehen können, und jedenfalls zugeben müssen, dass die Volksgemässheit, wenn ich mich so ausdrücken darf, ebensowenig als die Vernunftgemässheit das Kriterium des Rechts bilden könne.

Kann nun weder die Vernunftmässigkeit des Inhalts noch die Volksthümlichkeit des Ursprungs der Rechtsnormen massgebend sein für die Frage, was Recht ist, so kann das charakteristische Merkmal des Rechts wohl nur in seiner äusseren Erscheinung gefunden werden. Diese besteht nun in ihrer Allgemeinheit darin, dass das Recht stets als eine reale Macht auftritt, welche sich den Einzelwillen unterwirft, dass es eine die Menschen wirklich beherrschende Ordnung ihrer Lebensverhältnisse ist, dass es nicht blos eine Anforderung an das Gewissen stellt, sich seiner Vorschrift zu fügen, sondern dass es dieselbe erzwingt, und auch gegen Widerstrebende durchsetzt, mit einem Worte, dass es gilt. Fehlt irgend einer Norm für das äussere Verhalten der Menschen zu einander diese Geltung, so können wir sie nicht mehr Recht nennen; und das entspricht auch ganz der allgemeinen Auschauung vom Rechte. Denn wer sich einmal auf das Recht beruft, der will gewiss nicht blos an das Gewissen Anderer appelliren, sondern glaubt damit eine Macht anzurufen, die ihn schützen soll. Darum ist der viel angefochtene Satz der historischen Schule: „es gibt nur positives (d. h. eben reales, geltendes) Recht“ [14]) vollkommen richtig; denn dieses Gelten macht ja eben das Wesen des Rechts aus.

Ehe wir diese Anschauung von der Natur des Rechts für die Lehre von der Entstehung desselben zu verwerthen unternehmen, mag es gestattet sein, noch einiges zur Beseitigung von Missverständnissen zu bemerken. Man

könnte gegen diese Anschauung, welche das Wesen des Rechts lediglich in dessen äussere, thatsächliche Geltung setzt, einwenden, dass sie auf eine blinde Anerkennung der Macht, der „vollendeten Thatsache“ als Recht hinauslaufe, dass sie mit einem Worte sage: Macht ist Recht. Allein diese Einwendung würde auf einer unlogischen Verdrehung unserer Behauptung beruhen. Daraus, dass das Recht stets eine Macht sein muss, folgt doch noch keineswegs, dass darum auch jede Macht Recht sein müsse. Die Macht kann sich ja auch in etwas ganz anderm als in der Geltung einer Rechtsnorm manifestiren.

In jener Behauptung liegt aber auch nichts, was das Recht etwa dem Einflusse oder der Kritik der Vernunft entziehen würde. Es ist von selbst klar, und wird sogleich noch näher gezeigt werden, dass die Vernunfterkenntniss wesentlich mitwirkt, etwas als Recht zur Geltung zu bringen. Es ist anderseits unzweifelhaft, dass das Recht die Aufgabe hat, die vernunftgemässen Bedingungen des menschlichen Zusammenlebens herzustellen, und es unterliegt daher stets der Kritik der Vernunft. Wir können daher von unserm Standpunkte ohne weiters anerkennen, dass es auch schlechtes unvollkommenes Recht geben möge, dass es (in einem andern Sinne)[15] unrecht sein mag, dass etwas Recht ist; aber Recht ist es darum nichts desto weniger, bis es eben ausser Geltung gebracht wird. Wir können auch den Ausspruch, dass etwas anderes Recht sein soll,[16] und das Streben, dieses andere zur Geltung zu bringen, vollkommen zulässig finden; aber so lange es noch nicht zur Geltung gebracht ist, so lange es erst Recht werden soll, ist es eben noch nicht Recht.

Auf dem strengen Auseinanderhalten dessen, was Recht ist, und dessen, was Recht sein soll, müssen wir aber unbedingt bestehen, und dem wird nicht genügt, wenn man etwa jenes als positives und dieses als rationales oder Vernunftrecht bezeichnet, somit beide

als Arten derselben Gattung hinstellt. Das s. g. rationale Recht würde blos auf der Vernunfterkenntniss beruhen, und diese ist immer *subjektiv*, die reale Ordnung der menschlichen Lebensverhältnisse kann aber nur durch eine *objektive*, von der Einsicht des Einzelnen unabhängige Norm begründet werden. Zwischen dieser objektiven, realen und jener subjektiven, idealen Norm besteht nicht einmal eine Gattungsgemeinschaft. Es ist ferner das Merkmal des Geltens dem Begriffe des Rechts so immanent, dass es nothwendig und unwillkürlich auch dem s. g. rationalen Rechte beigelegt, und dadurch ein Konflikt zwischen diesem und dem positiven Rechte herbeigeführt wird, indem jenes die gleiche, ja noch höhere Geltung beansprucht. [17] Dieser Konflikt kann aber nur dahin führen, entweder die Geltung des s. g. rationalen Rechts zu einer leeren Fiktion zu machen, oder jene des positiven Rechts, somit die Rechtsordnung überhaupt zu zerstören. Darum ist es nothwendig, diesen Gegensatz auch in der Sprache schärfer als durch blosse Artenbezeichnungen desselben Gattungsbegriffs auseinander zu halten, und nur das wirklich geltende Recht *Recht* zu nennen.

Wird nun die wesentliche Eigenschaft des Rechts in dessen Geltung gefunden, dann ist die Frage nach der Entstehung des Rechts genauer dahin zu stellen, wie eine Norm menschlicher Lebensverhältnisse eben zu solcher Geltung gelange. Diese Geltung besteht, wie schon gezeigt wurde, darin, dass jene Norm dem Menschen als eine über seinem Belieben stehende Macht fühlbar wird, dass sie dem Einzelwillen äusserlich mit der Nöthigung gegenübertritt, sich ihr jederzeit zu unterwerfen. [18] Sie muss also als ein über dem Einzelwillen stehendes, ihn dauernd beherrschendes höheres, mächtigeres *Wollen* [19] erscheinen, welches die Kraft hat, sich auch gegen den widerstrebenden Einzelwillen durchzusetzen, und die Frage ist nun, wie ein solches höheres, mächtigeres Wollen sich bilde?

Die Berührung einzelner Individuen ohne Voraussetzung irgend eines sonstigen bleibenden Bandes zwischen denselben reicht nicht hin, ein solches dauerndes, mächtigeres Wollen zu erzeugen. Denn wenn der Eine als der Schwächere sich auch in einem bestimmten Falle dem Willen des Andern als des Stärkern etwa unterwerfen muss, so wird ihm dieses konkrete Wollen darum keineswegs als Macht auch in jedem andern Falle erscheinen.[20] Er kann sich ja das nächste Mal in der gleichen Lage einem Schwächern gegenüber befinden, oder demselben Andern gegenüber nunmehr der Stärkere sein; er kann sich auch einem andern Stärkern gegenüber befinden, der selbst wieder etwas anderes will. Der Schwächere, dem der Wille eines Stärkern entgegentritt, wird sich also zwar in diesem einzelnen Falle demselben zu unterwerfen genöthigt finden; aber es wird ihm das betreffende Wollen deshalb nie als eine bleibende Norm für sein Verhalten überhaupt, als eine Macht, der er sich auch in andern derartigen Fällen unterwerfen muss, erscheinen.

Die blosse vorübergehende Berührung einzelner Personen genügt also nicht, um Recht zu erzeugen; dazu bedarf es daher jedenfalls irgend eines dauernden Gemeinschaftsbandes zwischen einer Mehrzahl von Personen. Das ursprünglichste, natürlichste Gemeinschaftsband ist das der Familie. Mann und Weib, Aeltern und Kinder sind durch die Bande der Natur dauernd zu einer Gemeinschaft verbunden. In der Familie nun wird sich der Wille des Familienhauptes in Folge seiner natürlichen Ueberlegenheit, in Folge der Abhängigkeit der Uebrigen von ihm in Bezug auf Schutz und Unterhalt, allerdings allen Familiengliedern als Macht fühlbar machen, der sie sich fügen müssen; sein Wollen kann für ihr Verhalten eine bleibende Norm bilden, nach der sie sich richten müssen, und gilt dann für sie als Recht. Allein

die Macht dieses Willens über die Familienglieder hat in dem Abhängigkeitsverhältnisse der letztern ihre natürliche Grenze; und da diese Abhängigkeit von selbst mit dem Selbständigwerden der Kinder und deren Ausscheiden aus der Familiengenossenschaft erlischt, so kann aus diesem Verhältnisse immer nur vorübergehendes und auf einen engen Kreis beschränktes Recht entstehen, welches eben deshalb für die Rechtsbildung im allgemeinen von minderer Bedeutung ist.

Wir müssen also ein weiteres Gemeinschaftsband zwischen einer Mehrheit *nicht im Verhältniss der Familienabhängigkeit* zu einander stehender Personen voraussetzen, um zu einer über diesen engen Kreis hinausreichenden Rechtsbildung zu gelangen. Das nächstliegende, in den natürlichen Bedingungen der menschlichen Existenz selbst begründete derartige Gemeinschaftsband bildet nun offenbar das *Zusammenleben Mehrerer auf einem bestimmten Raume*, innerhalb dessen sie in dauernder wechselseitiger Berührung stehen, während über denselben hinaus eine Berührung mit Andern nur vorübergehend stattfindet. Wenn wir in einer solchen *räumlichen Gemeinschaft* Mehrerer von der Entwicklung einer Herrschaft über die Gesammtheit vorläufig abstrahiren, also alle, die nicht unter einem Familienhaupte stehen, als in gleicher Unabhängigkeit einander gegenüberstehend denken, so wird aus den schon oben entwickelten Gründen kein Wollen eines *Einzelnen* als das mächtigere, stärkere in der Art erscheinen können, dass sich die Andern demselben als bleibender Norm ihres Verhaltens unterwerfen müssten. Wenn aber *Mehrere*[21] bezüglich der Ordnung eines gewissen Verhältnisses in der Gemeinschaft das *Gleiche* wollen, und dieses ihr Wollen als ein *konstantes* hervortritt, und zugleich die Erfahrung zeigt, dass sie alle für die Durchsetzung desselben in jedem Falle einstehen, es in jedem Falle *bethätigen*,

dann kann dieses Wollen bereits allen Gliedern der Gemeinschaft als eine Macht fühlbar werden, der sie sich in dem fraglichen Verhältnisse unterwerfen müssen; es kann ihnen dann bereits als eine Norm ihres Verhaltens, die über ihrem Belieben steht, als ein Gemeinwollen, das den Einzelwillen unter sich beugt, erscheinen; mit einem Worte, es kann Recht der Gemeinschaft bilden.

Denkbar ist jedenfalls die Bildung eines solchen Gemeinwollens auch ohne die Voraussetzung, dass sich in der Gemeinschaft bereits eine Herrschaft, eine wie immer organisirte oberste Gewalt, der alle Gemeinschaftsglieder bleibend unterworfen wären, entwickelt habe. Denkbar ist also die Rechtsbildung auch vor dem Staate und ausser dem Staate.[22] Es braucht auch jenes Wollen nicht gerade das der numerischen Mehrheit zu sein, um die Macht eines solchen Gemeinwollens zu erlangen; es genügt, wenn sich eben so Viele in diesem Wollen vereinigen, dass dasselbe in Folge ihrer grössern Einsicht,[23] Willensenergie und äussern Kraft[24] eine überlegene Macht darstellt, der Niemand in der Gemeinschaft mehr mit Erfolg zu widerstehen vermag. Denn eine grosse Zahl der Gemeinschaftsglieder wird häufig bezüglich des betreffenden Verhältnisses, sei es aus Mangel an Einsicht, sei es aus Apathie, gar kein bestimmtes Wollen haben, und sich daher dem als kompakte Macht gegenüberstehenden Wollen Jener ohne weiters fügen; und selbst diejenigen, die etwas anderes wollen, werden sich vielleicht in diesem ihrem Wollen nicht vereinigen, oder demselben selbst in ihrer Vereinigung keine genügende Kraft zum Widerstande gegen jenes Wollen verleihen können. Es ist daher ganz wohl möglich, dass ein bestimmtes Wollen einer energischen Minderzahl zum geltenden Wollen, zur Norm für die ganze Gemeinschaft wird.

Dieses einmal zur Gemeingeltung gebrachte Wollen

wird sich endlich in dieser Geltung selbst abgelöst von seinen ursprünglichen Trägern gleich einer in sich selbst ruhenden Macht behaupten können. Denn die bereits erprobte Macht eines solchen Gemeinwollens wird Niemand ohne Gefahr für sich auf die Probe stellen können, ob sie noch existire; sie wächst also von selbst mit jeder äussern Bethätigung jenes Wollens. Die in der Gemeinschaft einmal bestehende Gewohnheit, sich nach einer bestimmten Norm zu verhalten, beugt von selbst den Einzelwillen unter dieselbe. Da ferner schon zur ursprünglichen Entstehung eines solchen Gemeinwollens nicht irgend eine bestimmte Anzahl darauf gerichteter Einzelwillen vorausgesetzt wird, sondern nur, dass diese in ihrer Vereinigung eine überlegene Macht darstellen, der sich Niemand in der Gemeinschaft entziehen kann, so wird eine solche überlegene Macht aus dem Einstehen Mehrerer für ein bereits bestehendes, zur Geltung gebrachtes Gemeinwollen um so leichter, um so eher resultiren; und da gewiss das Bedürfniss nach Aufrechthaltung einer bestimmten Ordnung des betreffenden Verhältnisses sich unter den Gliedern der Gemeinschaft von selbst fühlbar macht, so wird es auch an einem solchen Einstehen Mehrerer für die bereits entstandene Norm nicht leicht fehlen. Diese Norm wird sich daher so lange als Macht behaupten, bis sich nicht in der Gemeinschaft das gerade entgegengesetzte oder doch ein davon abweichendes Wollen in gleicher Weise als überlegene Macht entwickelt hat. Die Realisirung der Voraussetzungen dieser Entwicklung ist aber bereits erschwert durch das Bestehen des bisherigen Gemeinwollens. So kann sich das Recht in der Gemeinschaft unabhängig von seinen ursprünglichen Trägern im Wechsel der Generationen als Macht behaupten.

Es ist übrigens leicht einzusehen, wie wenig Sicherheit des Bestandes das Recht hätte, welches auf solche Art in einer lediglich durch das Band räumlichen Zusam-

menlebens geknüpften Gemeinschaft zur Geltung gelangt wäre. Seine Behauptung wäre stets von dem doch in keiner Weise gesicherten Einstehen Mehrerer für dessen Durchsetzung im Falle des Dawiderhandelns Einzelner abhängig.[25] Von einer wirklichen Rechtsordnung könnte in einer solchen Gemeinschaft doch kaum die Rede sein. Allein das Beharren einer räumlichen Gemeinschaft von Menschen in diesem Zustande ist auch nur eine Fiktion. Denn mehr noch als die Geltung eines bestimmten Wollens wird sich die Geltung eines obersten Willens überhaupt als Nothwendigkeit in der Gemeinschaft fühlbar machen, nnd es wird sich daher in derselben stets sofort die (freiwillige oder erzwungene) Unterwerfung der Einzelwillen unter einen mächtigern Willen ohne Rücksicht auf einen bestimmten Inhalt des letztern vollziehen, d. h. es wird sich in der Gemeinschaft eine Herrschaft entwickeln, mag der herrschende Wille nun der eines Einzelnen, einer Mehrzahl oder der irgendwie repräsentirten Gesammtheit sein; die Gemeinschaft wird zum Staate werden.

Es ist hier nicht nöthig zu erörtern, wie eine solche Herrschaft, wie der Staat entstehe. Die natürliche Ungleichheit der Individualitäten in der Gemeinschaft, ihre Verschiedenheit an Geistes- und Körperkraft, die Ungleichheit des Erfolgs im Schaffen von Gütern, die aus Anhänglichkeit oder Gewohnheit dem Familienhaupte auch gegenüber den selbständig gewordenen Familiengliedern verbleibende Superiorität, die verschiedene Stärke des Familienanhangs, alles diess kann in Verbindung mit dem Bedürfnisse der Gemeinschaft selbst bewirken, dass der Wille eines Einzelnen oder Mehrerer in der Gemeinschaft ein solches Uebergewicht über alle andern Willen erlangt, dass diese sich jenem schlechthin fügen müssen, dass jener in der Gemeinschaft herrscht.[26] Ist aber einmal ein solcher herrschender Wille in der Gemeinschaft zur Gel-

tung gelangt, dann bildet natürlich jedes Wollen desselben schon von vorneherein für alle Glieder der Gemeinschaft, so weit es sich auf ihr Verhalten bezieht, eine überlegene Macht; und ist dieses Wollen nun darauf gerichtet, ihnen eine gemeinsame Vorschrift des Verhaltens unter gewissen Voraussetzungen zu geben, so werden sich demselben Alle fügen müssen, es wird als Recht gelten.

Würde der herrschende Wille in einer so konstituirten Gemeinschaft die Regelung des gesammten äussern Verhaltens aller Gemeinschaftsglieder an sich ziehen können und wollen, so würde alles Recht in der Gemeinschaft nur aus dem herrschenden Willen entspringen; und da wir die vom herrschenden Willen aufgestellte Norm des Verhaltens Gesetz nennen, würde es in der Gemeinschaft nur Gesetzesrecht geben. Keine Gesetzgebung vermag aber alle in der Gemeinschaft sich ergebenden Verhältnisse im vorhinein erschöpfend zu normiren; und die Erfahrung zeigt uns, dass in den früheren Perioden des Staatslebens die Gesetzgebung sich auf ein geringes Bereich von Verhältnissen beschränkte, dass ihre Normen hauptsächlich nur das Herrschaftsverhältniss selbst, dessen Sicherung und die Mittel zur Führung der Herrschaft betrafen, während die Verhältnisse der Einzelnen untereinander, welche zunächst nur deren Interesse berührten, grösstentheils sich selbst überlassen blieben. Erst in der neueren Zeit unternahm es die Gesetzgebung, möglichst alle Lebensverhältnisse durch ihre Normen zu regeln, ohne jedoch, wie bereits erwähnt, diess Ziel vollkommen erreichen zu können. Die durch die Gesetzgebung nicht normirten Verhältnisse bedurften und bedürfen aber gleichfalls einer rechtlichen Ordnung; und da sie diese nicht durch den herrschenden Willen erhielten, kann dieselbe nur auf demselben Wege begründet werden, wie in einer Gemeinschaft ohne herrschenden Willen. Da nun dort, wie wir gesehen haben, die konstante Geltendmachung

eines bestimmten Wollens von Mehreren eine Rechtsnorm des Verhältnisses zu schaffen vermag, und wir ein wiederholtes gleiches Verhalten in gleichem Falle Gewohnheit nennen, so gibt es auch in der unter einem herrschenden Willen stehenden Gemeinschaft Gewohnheitsrecht.[27]

Wenn übrigens auch das Gewohnheitsrecht im Staate nur auf demselben Wege entsteht, wie in der Gemeinschaft ohne herrschenden Willen, so hat es doch im Staate ungleich mehr Sicherheit des Bestandes. Denn im Staate gibt es immer Organe des herrschenden Willens, welche zur Aufrechthaltung und Durchführung des Rechts überhaupt, nicht blos des Gesetzesrechts, bestellt, und zu diesem Zwecke mit der überlegenen Macht des herrschenden Willens selbst ausgerüstet sind. Es steht also dem von diesen Organen einmal als geltend erkannten Gewohnheitsrechte sofort die überlegene Macht des herrschenden Willens zur Seite, und es kann daher demselben ebensowenig als dem Gesetzesrecht ein Gemeinschaftsglied mit Erfolg widerstehen Aber nicht blos auf den gesicherten Bestand, auch auf die Entstehung des Gewohnheitsrechts üben diese Organe des Rechts im Staate einen überwiegenden Einfluss. Denn da sie mit der Macht des herrschenden Willens zur Durchsetzung des Rechts ausgerüstet sind, so muss auch ihr eigenes Wollen in dieser Sphäre, soweit es sich neben dem herrschenden Willen noch geltend machen kann, den Andern gegenüber eine überlegene Macht bilden;[28] und wenn ein bestimmtes Wollen daher konstant und übereinstimmend von ihnen bei der Handhabung des Rechts geltend gemacht wird, so muss es zur allgemein giltigen Norm, zum Rechte werden. Da nun diese Organe des Rechts heutzutage fast durchgängig Juristen sind, so wird das Gewohnheitsrecht hiernach grösstentheils als Juristenrecht auftreten.

Da alles Recht erfahrungsmässig nur Gesetzesrecht oder Gewohnheitsrecht ist, — (das Juristenrecht bildet nach dem

Gesagten nur eine Art des Gewohnheitsrechts) —, so ist in Obigem die Erklärung der Entstehung des Rechts erschöpft. Wollte man den Unterschied zwischen dieser Anschauung von der Entstehung des Rechts und derjenigen Puchta-Savigny's mit einem Worte bezeichnen, so könnte man sagen: hier wird die Entstehung des Rechts auf eine Mechanik des Willens zurückgeführt, während Puchta-Savigny sie durch eine Organik des Willens erklären wollen. Nach ihnen soll der Volksgeist aus dem Baume des Volkslebens Sprache, Sitte und Recht wie Laub, Blüthe und Frucht hervortreiben; eine geheimnissvolle organische Kraft soll ein mächtiges Wollen im Volke, das Recht, schaffen. Meines Erachtens kann aber ein solches Wollen nur aus wirklich existirenden Willen hervorgehen;[29]) und da Wille nur in den Personen, in den Menschen als Individuen wirklich existirt, so kann nur aus dem Aufeinanderwirken ihrer Willen als Kräfte, welche sich gegenseitig verstärken oder schwächen, je nachdem sie parallel laufen oder sich kreuzen, mithin durch eine Art mechanischen Vorgangs, ein solches verstärktes Wollen hervorgehen, welches sich gewissermassen zum Gemeinwollen verdichtet[30]) und als solches alle Einzelwillen unter sich beugt, welches daher Recht ist. Es entfällt hiermit jede weitere Hypothese organischer oder anderer mystischer Kräfte, welche das Recht erzeugen sollen; und da in der Wissenschaft jede unnöthige Hypothese an sich verwerflich ist, so dürfte diess allein ein genügender Vorzug der letztern Anschauung sein. Sie bewährt sich aber auch besser bei Erklärung der einzelnen die Entstehung des Rechts begleitenden Erscheinungen, und das soll hier gewissermassen als Probe ihrer Richtigkeit noch näher ausgeführt werden.

Es wird von der historischen Schule als ein besonderer Vorzug ihrer Anschauung von der Entstehung des Rechts hervorgehoben, dass nach derselben die Schaffung des Rechts der Willkür, dem subjektiven Ermessen ent-

2*

rückt sei, und das Recht als nothwendiger Ausfluss einer von vorneherein die Gesammtheit beherrschenden Macht erscheine; dass dabei die Rechtsentwicklung im Volke stets als ein ununterbrochenes Ganzes aufgefasst, und ein beliebiges Abreissen derselben in irgend einem Zeitpunkte von vorneherein ausgeschlossen werde. Allein auch unsere Anschauung stellt das Recht nicht auf den Boden der Willkür, indem sie dasselbe aus den Einzelwillen, die ein Gemeinwollen zur Geltung bringen, hervorgehen lässt; denn es ist klar, dass die Einzelnen eben auch nicht jedes beliebige Wollen zu solcher Geltung bringen können. Wenn man nämlich von einem herrschenden Willen in der Gemeinschaft absieht, so wird es immer von der Beschaffenheit, dem Inhalte eines bestimmten Wollens abhängen, ob sich in demselben genügende Einzelwillen vereinigen, um es als Norm, als Recht in der Gemeinschaft geltend machen zu können. Es ist nämlich zunächst das in der Gemeinschaft instinktiv sich fühlbar machende Bedürfniss, welches die Willen zu einer gewissen Norm für bestimmte Verhältnisse drängt;[31]) ein Wollen nun in dieser Richtung, welches jenem in der Natur des Verhältnisses begründeten Bedürfnisse nicht entspräche, würde kaum die Geltung eines Gemeinwollens erringen können. Die Entwicklung und Ausbreitung der Vernunfterkenntniss gewinnt ferner mit Nothwendigkeit immer mehr Einfluss auf die Einzelwillen, und es wird daher immer weniger möglich, ein Wollen, das die Vernunft verwirft, als Gemeinwollen, als Recht zur Geltung zu bringen. Auch die nationale Eigenart wird endlich darauf von Einfluss sein, ob ein bestimmtes Wollen in der Gemeinschaft die Geltung eines Gemeinwollens erlangen kann. Und dasjenige Recht, welches eben diesen Faktoren der Willensbestimmung entsprechend entstanden ist und sich bewährt hat, wird sich auch fortan als Gemeinwollen behaupten, und nicht leicht ein entgegenstehendes Gemein-

wollen aufkommen lassen: es wird den bleibenden, stetigen Kern in der Rechtsentwicklung bilden.

In einer bereits unter einem herrschenden Willen stehenden Gemeinschaft hat das Gesagte unmittelbare Anwendung auf das Gewohnheitsrecht. Insofern ist es unläugbar, dass das Gewohnheitsrecht willkürlichen, sprunghaften Aenderungen weniger zugänglich ist, als jenes Recht, welches Ausfluss eines herrschenden Willens ist, als das Gesetzesrecht. Allein auch der herrschende Wille, und wäre es selbst der eines absoluten Herrschers, ist darum nicht blosse Willkür, und steht gleichfalls unter Einflüssen, denen er sich, wenigstens auf die Dauer, nicht entziehen kann. Zunächst hat ja diese Herrschaft selbst ihre natürlichen Grenzen; denn sie kann sich nicht blos auf die physische Ueberlegenheit stützen, die ja gegenüber der Gesammtheit nie bestehen würde, sondern beruht wesentlich auf dem Bedürfnisse der Gemeinschaft, von einem obersten Willen geleitet zu werden. Würde nun dieser oberste Wille Normen vorschreiben, die dem Bedürfnisse der Gemeinschaft, wie es in der Natur der betreffenden Verhältnisse begründet ist, geradezu widerstreiten, so würde er das Fundament der eigenen Herrschaft untergraben, und seine Macht auf eine Probe stellen, die sie für die Dauer gewiss nicht bestehen kann. Ferner bildet bei fortschreitender Kultur die Vernunfterkenntniss und die öffentliche Meinung eine stetig wachsende Macht, der auch der herrschende Wille nicht mehr willkürliche Normen entgegenstellen kann, und ebenso ist er zur Schonung der nationalen Eigenart genöthigt. Ja, die Fortschritte der Civilisation führten zu äussern Beschränkungen des herrschenden Willens in der Gesetzgebung, welche diese in noch höherem Masse gegen subjektive Willkür und Missgriffe sicher stellen.

Es zeigt sich also, dass die Faktoren der Stetigkeit und innern Nothwendigkeit der Rechtsentwicklung auch bei

unserer Anschauung von der Entstehung des Rechts an ihrer Wirksamkeit nichts verlieren, dass sie auch bei dieser Anschauung sowohl im Gewohnheits- als im Gesetzesrechte zum Ausdruck gelangen. Nur vermeiden wir dabei jenes Extrem, welches die ganze Rechtsentwicklung zu einem Produkte innerer Nothwendigkeit machen und diese wieder nur auf das nationale Element der Rechtsbildung stützen will; welches selbst für einzelne Rechtsbestimmungen den Einfluss subjektiver Auffassungen und Velleitäten der Gewalthaber oder Autoritäten in Abrede stellen will, ungeachtet die Erfahrung lehrt, dass sehr häufig selbst die Irrthümer solcher Personen und zufällige Anlässe für eine Rechtsbildung massgebend waren.

Fassen wir nun die Theorie der historischen Schule über das Gewohnheitsrecht näher in's Auge, so geht sie dahin, dass dieses Recht nicht etwa erst durch die Gewohnheit entstehe, sondern dass es sich in dieser lediglich äussere und verkörpere, also nothwendig schon vor derselben bestehe. Das Recht entstehe vielmehr durch die gemeinsame Rechtsüberzeugung des Volks, die sich nur durch die Gewohnheit erst selbst zum Bewusstsein komme, daher seine Existenz bis dahin gewissermassen eine latente[32]) ist. Abgesehen nun von dem mystischen Vorgange einer sich selbst erst zum Bewusstsein kommenden Ueberzeugung, was mir wenigstens wie ein Wiederspruch in sich selbst erscheint, ist es bei dieser Anschauung doch nicht begreiflich, warum denn diese gemeinsame Rechtsüberzeugung sich nur durch die Gewohnheit aussprechen, das Recht nur durch diese zur Erscheinung gelangen könne? Wenn das Recht schon durch die gemeinsame Rechtsüberzeugung entsteht, und die Gewohnheit nur Erkenntnissmittel desselben sein soll,[33]) dann müsste es ja auch genügen, wenn sich diese Ueberzeugung durch Worte ausspricht, was doch auch denkbar wäre. Warum soll der Bann des latenten Rechts blos durch Handlungen

gelöst werden können?[34]) Für das Grundphänomen des Gewohnheitsrechts also bietet die Theorie der historischen Schule keine genügende Erklärung. Aus unserer Anschauung ergibt sich diese Erklärung von selbst, da ein bestimmtes Wollen eben nur dann Recht wird, wenn es sich den Einzelwillen als überlegene Macht kundgibt. Als Macht aber kann ein Wollen nur in seiner Bethätigung, in seiner Durchsetzung erscheinen, nicht in blos wörtlicher Aeusserung, welche vielmehr ohne die That nur die Ohnmacht des Wollens verräth. Deshalb kann Recht auf solchem Wege (ohne vom herrschenden Willen auszugehen) nur durch die Uebung, durch die Gewohnheit entstehen.

Auch die allgemein anerkannten Bedingungen der Entstehung des Gewohnheitsrechts ergeben sich aus unserer Anschauung ganz von selbst. Denn wenn ein bestimmtes Wollen bezüglich der Ordnung eines gewissen Verhältnisses in der Gemeinschaft, wie wir gezeigt haben, nur dadurch die Macht einer geltenden Norm erlangen kann, dass dasselbe von Mehreren in diesem Verhältnisse konstant bethätigt wird, so folgt daraus von selbst, dass die einzelnen Handlungen, in welchen diese Bethätigung liegen soll, von jenem Wollen getragen sein müssen, dass sie vorgenommen sein müssen in der Meinung, es müsse bezüglich des fraglichen Verhältnisses eben so in der Gemeinschaft gehalten werden (necessitatis opinio).[35]) Auch folgt daraus von selbst, dass solche Handlungen von Mehreren, wiederholt und gleichmässig erfolgt sein müssen, weil sie nur dann ein konstantes Wollen einer Mehrheit erkennen lassen (longa consuetudo).[36]) Wenn aber die Vertreter der historischen Schule noch überdiess lehren, dass die Gewohnheit nicht auf einem Irrthum beruhen, und nicht mit Sittengesetzen und Rechtsprinzipien, die keine Ausnahme zulassen, in Widerspruch stehen dürfe (rationabilis consue-

tudo),[37] so ist diess mit ihrer eigenen Theorie nicht vereinbar. Denn eine irrige Volksüberzeugung kann, wie die Erfahrung zeigt, gerade so viel Macht erlangen, wie eine richtige, und daher auch eine Rechtsnorm bilden, bis eben eine bessere Ueberzeugung durchgreift.[38] Oder soll der Volksgeist schlechterdings infallibel sein, und daher selbst ein allgemeiner Irrthum gar nie auf Rechnung des Volksgeistes geschrieben werden können? — Nach unserer Ansicht kann, wenn einmal ein Gemeinwollen besteht, dessen Macht oder Geltung nicht mehr von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit seiner Motive abhängen, da sie schon in ihm selbst liegt.[39] Soll ferner die Geltung der in der Gewohnheit bethätigten Rechtsüberzeugung des Volks erst noch von ihrer Uebereinstimmung mit höhern Prinzipien abhängig sein, dann wird das Recht selbst nicht mehr aus der Volksüberzeugung hergeleitet, sondern aus jenen Prinzipien. Nach unserer Anschauung besteht auch dieses Erforderniss des Gewohnheitsrechts nicht; denn, wie bereits bemerkt wurde, es kann auch schlechtes, unvollkommenes Recht geben.

Dass unsere Anschauung von der Entstehung des Rechts dem G e s e t z e s r e c h t e in seiner thatsächlichen Erscheinung vollkommen entspricht, liegt auf der Hand. Denn dieses tritt auf als Ausfluss des h e r r s c h e n d e n Willens; dieser Wille ist aber schon seinem Begriffe nach die höchste reale Macht in der Gemeinschaft, der sich Alle fügen müssen. Ein bestimmtes Wollen desselben bedarf daher nicht erst der B e t h ä t i g u n g, der wiederholten Verwirklichung, um als überlegene Macht erkannt zu werden, sondern es genügt hiezu, dass es eben als Ausfluss des herrschenden Willens kund werde. Das Gesetzesrecht hat daher keine weitere Bedingung seiner Entstehung als die g e h ö r i g e K u n d m a c h u n g. — Nach der Theorie der historischen Schule muss aber auch das Gesetzesrecht auf den allgemeinen Volkswillen, die ge-

meinsame Rechtsüberzeugung zurückgeführt werden. Da nun der Gesetzgeber häufig eine einzelne Person oder doch nur ein Kollegium von Personen ist, deren Wille und Ueberzeugung kaum ohne weiters als idealer Volkswille und ideale Volksüberzeugung erkannt werden dürfte, ja da selbst eine wie immer geartete Volksrepräsentanz nur die Fiktion eines solchen Willens, einer solchen Ueberzeugung ergeben kann, so wird einfach erklärt, der Volkswille sei im Gesetzgeber personifizirt, die gemeinsame Rechtsüberzeugung in ihm verkörpert, der Volksgeist durch ihn repräsentirt, und dies alles von rechtswegen, so dass nicht einmal eine Untersuchung darüber zulässig ist.[40] Dass diess eine reine Fiktion ist, und dass dem Volke, welchem das Recht in dieser Theorie als Ausfluss seines eigenen Willens dargestellt wird, mittelst dieser Fiktion ein Stein statt des Brodes gereicht wird, bedarf kaum eines weitern Nachweises.

Betrachten wir endlich noch das s. g. Juristenrecht, so erklärt sich die Entstehung desselben nach unserer Anschauung einfach daraus, dass die Juristen, welchen die Handhabung des Rechts überlassen ist, dadurch die reale Macht besitzen, ihren Willen in Ansehung des Rechts, so weit ihm der herrschende Wille noch Raum lässt, allen Andern gegenüber zur Geltung zu bringen. Hieraus erklärt sich auch, warum in neuerer Zeit, seit eben die Rechtspflege fast ausschliesslich in die Hände der Juristen überging, diese Art des Gewohnheitsrechts sich leichter entwickelt, als anderes Gewohnheitsrecht. — Nach der Theorie der historischen Schule aber soll mit der Entwicklung des Volkslebens das Rechtsbewusstsein, die rechtserzeugende Thätigkeit des Volks sich in den Juristenstand zurückziehen, dieser der Repräsentant des Volksganzen in dieser Hinsicht sein[41]) u. s. w. Auch diess sind nichts als Bilder und Fiktionen, und wir wollen

ihre Unhaltbarkeit hier nur an einem Beispiele zeigen. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland erfolgte anerkanntermassen durch den überwiegenden Einfluss, welchen rechtsgelehrte Richter und Doktoren in der Rechtspflege erlangten. Das römische Recht war also für Deutschland unstreitig Juristenrecht. Und bei seiner Einbürgerung sollen die Juristen als Repräsentanten des deutschen Volks, als Bewahrer seiner Rechtsüberzeugung, als Träger seines Rechtswillens fungirt haben? — Wahrhaftig, wem bekannt ist, wie lange und hartnäckig sich das Volk gegen das Eindringen des römischen Rechts wehrte, wie bitter sich die Stände, die damaligen wahren Repräsentanten des Volks, über die Einführung desselben beschwerten,[42] der kann jene Annahme nicht mehr blos eine Fiktion, er muss sie geradezu einen Hohn nennen!

Von einem Rechte der Wissenschaft, die ja nur den vorhandenen Rechtsstoff zu bearbeiten, zu ordnen und zu entwickeln vermag, kann nach unserer Anschauung natürlich keine Rede sein, da nach dieser nur das Wollen, nicht das Wissen Recht schaffen kann. Die Wissenschaft kann aber natürlich als Faktor der Willensbestimmung zur Rechtsbildung mitwirken; sie kann auch das zur Geltung gelangte Wollen sich selbst klarer machen, seinen vollen Inhalt aufdecken, und so zur Erkenntniss des Rechts wesentlich beitragen.[43]

Ich glaube hiermit gezeigt zu haben, dass die hier vertretene Anschauung von der Entstehung des Rechts den thatsächlichen Vorgängen, welche die Rechtsbildung begleiten, vollkommen entspricht, und jene Fiktionen und Widersprüche vermeidet, welche die Theorie der historischen Schule aufweist.

Anmerkungen.

1) Wir werden uns in der Darlegung der Ansichten der historischen Schule der Kürze halber lediglich auf Savigny's „Sistem des heutigen römischen Rechts", 1. Band, dann auf Puchta's „Cursus der Institutionen", 1. Band (5. Aufl.), und „Vorlesungen über das heutige römische Recht" (3. Aufl.) berufen, und zur Vereinfachung des Citirens dem Namen „Savigny" nur die Seitenzahl, dem Namen „Puchta" aber die Seiten- oder Paragraphenzahl beisetzen, je nachdem das Citat den „Institutionen" oder den „Vorlesungen" entnommen ist.

2) Sav. S. 14 (Volksgeist), S. 24 (Gesammtwille), S. 35 (gemeinsames Volksbewusstsein), S. 82 (gemeinsame Rechtsüberzeugung) u. s. f. — Puchta S. 12 (Wille der Gesammtheit), S. 24 (gemeinsames Bewusstsein, gemeinsame Ueberzeugung vom Rechte, Volksgeist) u. s. f.; ebenso §. 10. — Schon dieses fortwährende Schwanken im Ausdrucke, dieses Identifiziren von Erkennen und Wollen, von Wille und Ueberzeugung ist vom Uebel und zeigt, dass man es mit einer unklaren Vorstellung zu thun hat. Zwar sagt Puchta S. 26: „Zum wirklichen Dasein des Rechts reicht das blosse Bewusstsein von demselben nicht aus;" und — „Das Rechtsbewusstsein ist zugleich der Wille, dass, was dem Recht gemäss sei, geschehe." Allein das ist eine ganz unbegründete Behauptung. Wie oft folgt der Wille nicht der Ueberzeugung! Man denke an die Sklaverei und andere von der Vernunft missbilligte Institute, wie langsam bezüglich derselben der Wille (auch der „allgemeine") der Erkenntniss oder Ueberzeugung nachhinkt! — Ebenso unvermittelt erscheint der Satz (S. 12): Das Recht „ist selbst ein Wille, zunächst Gottes. sodann der Gesammtheit von Menschen, die durch dasselbe verbunden sind." Die theologischen Beigaben der Puchta'schen Rechtstheorie lassen wir hier ganz ausser Betracht, da sie auf die historische Schule ohne Einfluss geblieben sind.

3) Sav. S. 18-20; Puchta S. 28, 29; §. 10. Die Fiktion dieses allgemeinen Willens oder Volksgeistes, der in den Individuen ein gesondertes wirkliches Dasein haben soll, kann nicht schärfer hervortreten als in den Worten Savigny's S. 24: „Der Einzelne kann sich vermöge seiner Freiheit durch das, was er für

sich will, gegen das auflehnen, was er als Glied des Ganzen denkt und will.“ Also in demselben Individuum wird gleichzeitig ein doppeltes und zwar sich geradezu widersprechendes Denken und Wollen angenommen!

4) Diese Abhendlung war bereits geschrieben, als mir „Recht und Wirthschaft nach geschichtlicher Ansicht“, 3 Vorlesungen von Wilh. Arnold, Prof. d. R. zu Basel, 1863, zur Hand kamen. Dort ist der gleiche Gedanke ausgesprochen. Er sagt S. 24: „Es ergibt sich hieraus, wie thöricht es ist, wenn man glaubt, mit dem Worte Volksgeist etwas erklären zu können. Was wir nicht wissen oder nicht verstehen, nennen wir Volksgeist, gerade so, wie eine Zeit lang jedes unverständliche deutsche Wort keltisch war.“ Und S. 26: „Es ist deshalb mindestens sehr riskirt, in Bausch und Bogen von Volksgeistern zu reden und damit wie mit einer invariabeln Grösse zu operiren. Nicht minder schwierig ist es, einzelne Zweige des nationalen Lebens unter ihren Geist bringen und diesen Geist, wie man für deutsches und römisches Recht versucht hat, auf Prinzipien abziehen zu wollen.“ Uebrigens ist Arnold nichtsdestoweniger ein Anhänger der organischen Rechtstheorie, s. S. 17, auch 27.

5) Sav. S. 17, Puchta S. 37; §. 12. — Mit Recht sagt Dr. L. Rückert (Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts, Erlangen 1857, S. 10): „Wenn ein Volk Recht produzirt, weil es lebt und will, so kann es nicht aufhören, rechtsproduktiv zu sein.“

6) Sav. S. 18.

7) Auch Maurenbrecher (Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privat-Rechts 2. Aufl., §. 28), dessen Ansichten über das Juristenrecht wir im übrigen durchaus ntcht theilen, protestirt gegen diese Anschauung und sagt (S. 55): „Das Recht ist zwar in Deutschland, seinem Hauptbestandtheil nach, allmälig ein Mysterium der Juristen geworden; allein das Volk ist keineswegs dadurch auf immer ausgeschlossen.“ Auch Beseler will zwischen Volksrecht und Juristenrecht streng unterschieden wissen (s. unten Note 42).

8) Sav. S. 39.

9) Puchta S. 33. Er sagt ausdrücklich: „Ist nun aber das Gesetz einmal gegeben, so kann seine Giltigkeit nicht von einer Untersuchung seiner wirklichen Uebereinstimmung mit dem Volkswillen abhängen. Diese Untersuchung würde eine höhere Gewalt voraussetzen, die dann eben die gesetzgebende wäre, und bei welcher dieselbe Frage wieder entstehen würde. Was daher durch ein Gesetz auf dem verfässungsmässigen Wege festgesetzt ist, das gilt als Recht, als gemeiner Wille, nicht um seines Inhalts, sondern um dieser Form des Ausspruchs willen.“ Da muss man sich doch fragen, was soll eine solche Fiktion nützen?

10) Auch Rückert (l. c. S. 18) betont diese Ueberschätzung und sagt, „dass der nationale Unterschied in solchen Fällen sich nicht messen kann mit dem Unterschied, welchen die Zeit wirkt.“

11) Sav. S. 29, 31; Puchta S. 27.

12) Wenn Sav. S. 21 sagt, dass eine solche Gemeinschaft des Denkens und Thuns, wie sie zur Rechtserzeugung erforderlich ist, nur innerhalb der Grenzen des einzelnen Volks vorhanden sei, so ist dies eine unerwiesene Behauptung, mit der er selbst sofort in Widerspruch geräth bei Erklärung der Entstehung des Völkerrechts. Hier sagt er S. 33: „Indessen kann auch unter verschiedenen Völkern eine ähnliche Gemeinschaft des Rechtsbewusstseins entstehen, wie sie in Einem Volk das positive Recht erzeugt.“ Und als eine Hauptgrundlage solcher geistigen Gemeinschaft führt er dann sogleich die gemeinsame religiöse Ueberzeugung an. Ich glaube, dass überhaupt das Bedürfniss einer bestehenden äussern Gemeinschaft, die nicht immer und nicht ausschliesslich auf Nationalität beruht, als treibende Kraft der Rechtsbildung genüge. War doch selbst die ursprüngliche römische Bürgerschaft, diese Grundlage einer so grossartigen Rechtsentwickiung, aus stammesverschiedenen Elementen gebildet, da die Ramnes, Tities und Luceres nach Puchta (S. 124) „sicherlich zugleich nationell verschiedene Stämme sind,“ und nach Mommsen (Röm. Geschichte, 1. Bd., S. 34), obgleich er den Stammesgegensatz abschwächt, wenigstens die Tities eine sabellische, die beiden andern aber latinische Gemeinden waren. Nur so erklärt sich auch die Entstehung der Partikularrechte in einem Volke der Wirklichkeit entsprechend, indem die besondern Gemeinschaftskreise, für welche sie sich bilden (z. B. eine einzelne Stadt), keineswegs, wie Puchta S. 25 meint, immer selbständige „nationelle Abtheilungen“, „Stämme“ umfassen, und die „noch engern Verzweigungen“, die er selbst anerkennen muss, doch nicht mehr auf irgend einen nationalen Gegensatz zurückgeführt werden können, auch dadurch nicht, dass Savigny sie (S. 19) „volksmässige (?) Abtheilungen des Ganzen“ nennt.

13) Wie stünde es überhaupt nach dieser Anschauung mit dem Rechte in einem Lande, wo es 5–6 Volksgeister gibt?

14) Mit gleicher Entschiedenheit wird dieser Satz übrigens auch von Kierulff (Theorie des gemeinen Civilrechts, 1839, S. 3, Note) und Stahl (Rechts- und Staatslehre, 2. Aufl., 2. Bd., S. 180 u. ff.) sowie von der Herbart'schen Schule vertreten. S. bezüglich letzterer das jüngst erschienene Werk von Dr. A. Geyer „Geschichte und System der Rechtsphilosophie in Grundzügen“ Innsbruck 1863, S. 3 und 4; — ebenso T. Ziller „Ueber die von Puchta der Darstellung des römischen Rechts zu Grunde gelegten rechtsphilosophischen Ansichten“ (Leipzig 1853, eine Habilitationsschrift, S. 33). Letzterer fasst die Aussagen Puchta's über das natürliche und geoffenbarte Recht S. 62 in den Gattungsbegriff zusammen, das Recht sei ein „starker, gebietender Wille“. Allein ich zweifle, dass dieser Gattungsbegriff ganz im Sinne Puchta's gefasst sei; denn dieser erklärt doch nur das geoffenbarte Recht als Willen Gottes und das natürliche Recht als Volkswillen (in seinem Sinne), keines aber blos als ge-

bietenden Willen ohne nähere Bestimmung. Ziller polemisirt sofort gegen diess Kriterium des Rechts, welches mit dem im Texte entwickelten übereinstimmen würde, indem er sagt: „Wenn man die Verbindlichkeit des objektiven Rechts im Sinne hat, so denkt man zunächst nicht an den unvermeidlichen Zwang einer Naturnothwendigkeit, den die Macht dem Ungehorsamen auferlegt, sondern man meint, dem Rechte komme ein unmittelbarer Vorzug vor dem Unrechte zu, und diesen werde selbst der zum Gehorsam Verpflichtete, wenn er unparteiisch urtheile, anerkennen; er werde einsehen, dass er dem Rechte hätte Folge leisten sollen, auch wenn es faktisch nicht geschehen ist, ja dass er selbst dann zu folgen verpflichtet sei, wenn ihn im Weigerungsfalle keine irdische Gewalt dazu anhalte oder dazu anzuhalten vermöge. Weil die obige Erklärung des Rechts .... blos die Stärke des Willens hervorhebt, welche den schwächern Willen zur Unterwerfung zwingt, so ist sie nicht geeignet, an die Spitze der Rechtslehre gestellt zu werden.“ Allein jene immanente Verbindlichkeit des Rechts beruht nur auf der dasselbe begleitenden ethischen Forderung, und ist daher nicht dem Rechte eigenthümlich. Kriterium des letztern kann also doch nur seine äussere Geltung, seine überlegene Macht sein.

15) In dem Sinne nämlich, in welchem Cicero de leg. I. 15 sagt: „Jam vero stultissimum existimare omnia justa esse, quae sancita sint in populorum institutis aut legibus.“ S. auch Stahl l. c. S. 182, Geyer l. c. S. 3, 4.

16) Die Hegel'sche Schule weist allerdings jede Forderung, „als ob etwas, das nicht in der That ist oder sein wird, dennoch sein sollte,“ zurück, und „kann auch in Bezug auf das Recht nur ein nothwendiges Werden anerkennen“ (Rückert, l. c. S. 14). Allein diese Anwendung des Satzes: was wirklich ist, das ist vernünftig und umgekehrt — fällt mit diesem Satze selbst.

17) Die Vernunftrechtslehrer suchen zwar diesen Konflikt zu vermeiden, indem sie sagen, dass das Vernunftrecht im Widerstreite mit bestehenden positiven oder historischen Rechten „zwar ewige Giltigkeit, d. h. Wahrheit hat, doch aber, um auch zu der ihm gebührenden Geltung zu gelangen, zuvor die Anerkennung erringen muss, folglich nur eine entferntere, nicht unmittelbar auf Entscheidung vorkommender konkreter Fälle, sondern auf Reform faktisch geltender Rechtsgrundsätze gehende praktische Bedeutung hat.“ (S. Rottek, Art. Naturrecht in seinem und Welcker's Staatslexikon, 2. Aufl., 9. Bd., S. 517.) Dass diese Unterscheidung zwischen Giltigkeit und Geltung ein leeres Sophisma ist, dass denn doch Widerstreitendes nicht gleichzeitig Recht sein kann, und dass ein Recht ohne Geltung eben nur ein Messer ohne Klinge wäre, bedarf kaum einer nähern Ausführung. Der Sache nach ist mit dieser Erklärung vielmehr das Vernunftrecht als Recht aufgegeben, und demselben übereinstimmend mit der richtigen Ansicht nur die

Bedeutung einer ethischen Anforderung an die Gestaltung des Rechts beigelegt.

18) Es genügt natürlich, dass diese überlegene Macht jener Norm sich regelmässig bewähre. Dass unter besondern Umständen es dem Einen oder Andern gelingen kann, sich derselben zu entziehen, hebt ihren Bestand als Macht noch nicht auf.

19) Auch die Hegel'sche Schule führt das Recht ausschliesslich auf den Willen zurück (Rückert l. c. S. 12 ff.). Allein der „dialektische Prozess", durch welchen diess geschehen soll, entbehrt (für mich wenigstens) der Ueberzeugungskraft.

20) In Folgendem wird zwischen dem Wollen, d. i. einem bestimmten Willensinhalte ohne Rücksicht auf das wollende Subjekt, und dem Willen, d. i. der Willensthätigkeit eines Subjektes überhaupt ohne Rücksicht auf einen bestimmten Willensinhalt — stets genau unterschieden.

21) Auch Ziller sagt l. c. S. 33: „Alles wirkliche Recht erfordert eine zeitliche Entstehung und ist positiv, d. i. es beruht auf der Uebereinstimmung einer Mehrheit von Willen."

22) Ja, die Rechtsbildung geht auf dem eben bezeichneten Wege in Wirklichkeit noch immer ausser dem Staate vor sich im Völkerrechte, nur dass hier die Staaten an die Stelle der Individuen treten. Kierulff's Theorie, wornach das Recht der Wille des Staats ist, ist mit dem Bestande des Völkerrechts sowie des autonomischen Rechts unvereinbar, und bleibt sich selbst nicht getreu (l. c. S. 11, Nr. 2).

23) Man denke an die auctoritas prudentium im römischen Rechte. Autorität kann auch ohne Herrschaft eine Macht sein.

24) Deshalb wird zur Bildung von Völkerrecht das Wollen eines Grossstaates mehr beitragen, als das kleinerer Staaten.

25) Damit eine Norm in einer solchen Gemeinschaft Geltung erlange, ist allerdings nur nöthig, dass dieselbe von Mehreren als ihr Wollen in der Ausübung wiederholt bethätigt wurde, ohne dass es bereits zum Falle gemeinschaftlichen Einstehens derselben für die Durchsetzung jener Norm gegen einzelne Widerstrebende gekommen zu sein braucht. Denn die wiederholte Beobachtung der Norm von Seite Mehrerer begründet von selbst die natürliche Vermuthung, dass sie dieselbe überhaupt in der Gemeinschaft beobachtet wissen wollen, und sich daher auch ein Dawiderhandeln Anderer nicht gefallen lassen werden, und diese Vermuthung verleiht ihr bereits eine reelle Macht. Würde aber ein solches Dawiderhandeln stattfinden, ohne dass die Mehreren jene Norm durch gemeinschaftliches Einstehen dafür zur Durchsetzung brächten, dann wäre offenbar jene natürliche Vermuthung, und mit derselben die äussere Macht der Norm über den Einzelwillen, mithin ihre Geltung als Recht zerstört.

26) Diess gilt natürlich nicht nur von der obersten Gemeinschaft, vom Staate, sondern auch von jenen untergeordneten Gemeinschaften, die innerhalb des Staats noch eine selbständige Existenz führen. Auch sie sind nothwendig zu einer Organisation,

zur Unterwerfung unter einen leitenden Willen in ihren Gemeinschaftsangelegenheiten gedrängt.

27) In ähnlicher Weise entwickelt sich in den untergeordneten Gemeinschaften innerhalb des Staats das „autonomische" Recht als „Statuten" und „Observanz" (Gesetzes- und Gewohnheitsrecht).

28) Man denke an den Einfluss der Prätoren auf die Entwicklung des römischen Rechts. — v. Keller (Pandekten, 1861, S. 3, 12) verwirft den Begriff des s. g. Juristenrechts gänzlich, weil die Autorität der Praxis nicht über den konkreten Fall hinausreiche. Allein die Erfahrung zeigt das Gegentheil. — Beseler (Volksrecht und Juristenrecht, 1861) sagt geradezu (S. 303): „Die eigentliche Quelle des Juristenrechts in Deutschland ist die seit der Aufnahme des römischen Rechts thatsächlich begründete Macht des Juristenstandes, welcher das Recht nach allen Seiten hin beherrschte, und dadurch auch den nachhaltigsten Einfluss auf dessen Ausbildung und Feststellung erlangte."

29) So sagt auch Ziller l. c. S. 41: „Ein Allgemeines hat als blosser Begriff und als sich beziehend auf das Besondere gar keine Realität . . . Es hat auch in dem Individuellen kein gesondertes Dasein. Ein allgemeiner Geist ist nur dadurch vorhanden, dass die Einzelnen sich an einander schliessen und denselben Zielpunkten zustreben" . . . . Dann S. 55: „Es giht kein Volk und keinen Volksgeist, losgerissen von den Einzelnen und ihren Willen." — Auch A. Helfferich „Die Kategorien des Rechts auf geschichtlicher Grundlage" Berlin 1863, würde ich als Meinungsgenossen anführen, wenn ich es wagen dürfte, Orakelsprüche, wie „Die subjektive Willensbestimmung ist der ursprüngliche, aus sich und durch sich bewegende Grund des Rechtsganzen" (S. 5) — zu deuten. Etwas verständlicher heisst es S. 8, aus dem subjektiven Rechtswillen entstehe der generelle Rechtswille (das Gesetz) durch das Zusammenleben vernunftbegabter Wesen von selbst. — In ganz ähnlicher Weise, wie ich die Entstehung des Rechts durch mechanisches Aufeinanderwirken der Einzelwillen zu erklären versuche, fasst Geyer die Entstehung des Staats auf. Er sagt hierüber l. c. S. 191: „Die Staatseinheit und Staatsmacht braucht also nicht absichtlich gegründet zu werden; sie ergibt sich von selbst als Resultat aus dem natürlichen Mechanismus der Kräfte, welche wirksam sind in den sich durchkreuzenden Gesellschaften." Und aus dem Weiteren ergibt sich, dass er hier gleichfalls psychische, und zwar Willenskräfte im Auge hat.

30) S. Rückert (l. c. S. 21): „Es müssen sich mit fortschreitender Entwicklung die Einzelwillen in gewissen Beziehungen zum allgemeinen Willen verdichten." Indem er diesen Vorgang aber nicht als von selbst eintretende gegenseitige Verstärkung mehrerer Einzelwillen zu einer überlegenen Macht auffasst, sondern (S. 23-28) wie eine äusserliche Summirung aller Einzelwillen darstellt, wobei

zwischen den sich doch unläugbar widersprechenden Einzelwillen eine Auswahl getroffen werden müsse nach dem Werthe und der Dauerhaftigkeit des denselben zu Grund liegenden „Bedürfnisses", nach ihrer „Fertigkeit" und „Klarheit", — verlegt er selbst den Massstab des Rechts aus dem Willen wieder in andere Prinzipien.

31) Es ist diess eben die aequitas oder naturalis ratio des römischen Rechts, oder die Natur der Sache. S. Sav. S. 55. Das dürfte auch das eigentlich Wahre an jener „Totalanschauung" sein, in welcher nach Sav. S. 16, 38, 44 das Recht dem Volke ursprünglich zum Bewusstsein kommen soll, im Gegensatz zur „abstrakten Regel". Mir scheint dabei weniger „Anschauung" als instinktiver Drang eines Bedürfnisses zu wirken; denn ich kann mir zwar ein seiner Motive nicht klar bewusstes Wollen, aber keine ihrer selbst noch nicht bewusste Anschauung oder Ueberzeugung denken. So sagt auch Sintenis (Das prakt. gemeine Civilrecht, 2. Aufl., 1. Bd., S. 24, Note 10): „Eine bewusstlose Ueberzeugung kann ich mir nicht denken, sie ist keine." Demungeachtet ist ihm auch „die gemeinsame Ueberzeugung des Volks von dem, was Rechtens sei, die allgemeine Quelle des Rechts" (l. c. S. 9). — Ziller sagt treffend l. c. S. 48, Note 18: „Es erzeugen sich nämlich aus gleichen und gemeinsamen Naturverhältnissen und Naturbedürfnissen gewisse Forderungen unter den Menschen immer wieder auf gleiche Weise, und auch gewisse unveränderliche ethische und rechtsphilosophische Forderungen, wie sie in der aequitas des römischen Rechts enthalten sind, stellen sich wegen der Einfachheit und ursprünglichen Klarheit, die denselben eigenthümlich ist, im Verkehre der Menschen sehr frühzeitig und vor aller logischen und sistematischen Ausbildung der praktischen Ideen ein." — S. auch Kierulff l. c. S. 2 und 8. Ja, Rückert (l. c. S. 14) nennt das Recht geradezu „ein Sistem realer Triebe und Bedürfnisse", da ihm als Hegelianer das Wollen und seine Triebfeder identisch ist.

32) Sav. S. 16, 35, 36. Puchta S. 31; §. 11. Bei dieser Annahme wird denn doch der Schwerpunkt der Rechtsentstehung in das gemeinsame Rechtsbewusstsein und nicht in den allgemeinen Willen gelegt, ungeachtet Puchta auch hier beide Ausdrücke als identisch gebraucht, während Savigny hier allerdings nur das Volksbewusstsein, die Rechtsüberzeugung betont. (S. oben Note 2.)

33) Dass Sav. S. 35, 36 die Gewohnheit für Rechtsbestimmungen, die in's Einzelne (?) gehen oder von „relativer Gleichgiltigkeit" sind, auch als Entstehungsgrund anerkennt, kommt hier nicht in Betracht. (S. gegen diese Beschränkungen Sintenis l. c. S. 23, Note 9.)

34) In der That hat auch Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, §§. 52, 53 jede andere Anerkennung eines Rechtssatzes, jedes sonstige Zeugniss dafür der Gewohnheit gleichgestellt, und namentlich Rechtssprichwörter als solche Zeugnisse hervorgehoben. Allein die Berufung auf solche andere Zeugnisse für

ein Gewohnheitsrecht kann doch nur den Sinn haben, dass durch dieselben ein Rechtssatz eben als in Uebung, d. h. in Gewohnheit stehend bestätigt, und dadurch das Nachweisen einzelner Uebungsakte überflüssig wird; sie sind aber ohne Gewohnheit selbst undenkbar. Namentlich wird gewiss nie ein Rechtssprichwort erfunden, und darnach erst der betreffende Rechtssatz geübt; sondern das Sprichwort ist nur ein prägnanter Ausdruck der Rechtsübung. — Auch die Mittelmeinung, welche von den meisten neueren Rechtslehrern adoptirt wurde (s. Unger, Sistem des österreichischen, allgemeinen Privatrechts, 1. Band, S. 37, 38 und Note 23), ist nicht befriedigend. Sie erklären nämlich die Gewohnheit zur Entstehung des Rechts deshalb für nothwendig, weil die Volksüberzeugung nur dadurch äusserlich erkennbar und daher wirksam werde, gerade so, wie das Gesetz erst durch die Publikation. Allein warum soll eine Ueberzeugung nur durch Handlungen und nicht auch durch andere Aeusserungen erkennbar werden können? Diese Frage bleibt hier wie dort ungelöst. Wächter (Handbuch des im Königreich Würtemberg geltenden Privatrechts, 2. Bd., S. 33) betont zwar die „Festigkeit" der Ueberzeugung, die sich eben in der Gewohnheit ausspreche Allein welchen Grad der Festigkeit muss dann überhaupt die Ueberzeugung haben, um Recht werden zu können?

35) Sav. S. 174; Puchta S. 39; §. 12. — Die nec. opinio besteht aber nicht, wie Savigny und Puchta und mit ihnen die Meisten annehmen, darin, dass die Handlung in der Meinung eines bereits geltenden Rechts erfolge, sondern darin, dass sie in der Meinung eines nothwendig in Geltung zu setzenden Rechts erfolge, was besonders bei der consuetudo legi contraria klar hervortritt; — (diess scheint auch die Ansicht Windscheid's zu sein, s. Lehrbuch des Pandektenrechts, 1862, §. 16; — ebenso Gesterding, Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht, im Archiv für civilistische Praxis, 3. Bd., S. 263); — und das Recht selbst entsteht allerdings erst durch die Gewohnheit (s. auch Kierulff l. c. S. 8, 9), indem erst in ihr das Gemeinwollen als Macht sich bethätigt.

36) Sav. S. 172; Puchta l. c.

37) Sav. S. 176–180, Puchta l. c. und §. 13. An letzterer Stelle macht Puchta gar die Wirkung des Gerichtsgebrauchs für das Gewohnheitsrecht davon abhängig, ob die Juristen hierbei lediglich ihre doktrinelle Meinung ausgesprochen haben, oder als Repräsentanten einer nationellen Ueberzeugung gelten können. Wer soll denn das entscheiden?

38) Auch das von beiden Schriftstellern angeführte Beispiel des gewohnheitsrechtlichen Erfordernisses der Siegel zur Beglaubigung der Urkunden harmonirt mit ihrer Theorie nicht. Sie führen dasselbe auf eine irrige Auffassung des römischen Rechts im Mittelalter zurück. Nach Savigny (S. 176) soll aber dieser Irrthum dem Gewohnheitsrechte nicht entgegenstehen, weil die Handlung „eine so äusserliche

und an sich gleichgiltige Natur" habe, „dass dabei von einer innern Ueberzeugung eigentlich nicht die Rede sein kann." Allein wenn das Gewohnheitsrecht nur durch die gemeinsame Rechtsüberzeugung begründet werden kann, so hätte man es hier nach dieser Auffassung nur mit einer vulgären Gewohnheit zu thun, aus der nie und nimmer eine „Rechtsform" werden könnte. Nach Puchta (§. 13) soll jener Irrthum irrelevant sein, weil er „blos die Begründung des Rechtssatzes" betreffe. Allein war der Gebrauch der Siegel schon vor jenem Irrthume Rechtsgewohnheit, dann passt das Beispiel gar nicht, weil der Irrthum dann gar nichts mit diesem Gewohnheitsrechte zu schaffen hat. Ist aber die Gewohnheit in Folge jenes Irrthums entstanden, so betrifft dieser nicht mehr blos die Begründung, sondern auch die Entstehung des Rechtssatzes.

39) Derselben Meinung ist in diesem Punkte Sintenis, l. c. S. 44.

40) Sav. S. 39; Puchta S. 32, 33; §. 10 (s. oben Note 9).

41) Sav. S. 46; Puchta S. 37; §. 16. An letzterer Stelle erklärt Puchta „die rechtskundigen Glieder der Nation als die natürlichen Repräsentanten und Depositarien des nationellen Rechtsbewusstseins — vorausgesetzt, dass sie sich nicht durch willkürliche Theorien oder Hirngespinnste und Neuerungsjagden, oder auf der andern Seite durch beschränktes Festhalten an antiquirten Vorstellungen, denen die Nation schon entwachsen ist, dieser Eigenschaft berauben." Darnach würde die Wirksamkeit des Juristenrechts davon abhängen, ob nicht Dieser oder Jener dasselbe als überstürzt oder antiquirt zu betrachten beliebt!

42) S. derartige Protestationen der Landstände und Korporationen gegen das römische Recht bei Kraut, Grundriss des deutschen Privatrechts, §. 62, u. A. — Noch im 16. Jahrhundert warfen die Schöffen zu Frauenfeld im Thurgau einen Dr. jur. aus Konstanz, der vor ihnen den Bartolus und Baldus citirt hatte, zur Thüre hinaus: „Höret ihr Doktor, wir Aydgenossen fragen nicht nach dem Bartele oder Baldele und andern Doktoren, wir haben sonderbahre Landgebräuche und Rechte: Naus mit euch, Doktor! naus mit euch!" S. Zöpfl, deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., S. 208, N. 5. — Und in der s. g. Reformation K. Friedrichs III. (einem Privatprojekte) heisst es Art. 5: „Alle Doktores der Rechten, sie seyndt geistlich oder weltlich, — sollen — an kaynem Gericht — mer gelitten, sunder gantz abgethan werden. Sie sollen auch fürbas — hin vor Gericht oder Recht nit weiter reden, schreiben oder Rath geben." S. Gerber, das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts, S. 130. — Auch die tirolischen Stände haben wiederholt gegen das gemeine Recht protestirt, und verlangt, es solle nur „nach der Landesordnung und Freiheiten, und wo diese aufhören, nach dem Gebrauch und Gewohnheiten geurtheilt werden, und in deren Ermangelung nach dem arbitrium der Beisitzer utpote bonorum virorum." So die Landtage zu Inns-

bruck 1567, 1619 und 1632. (S. Histor. statistisches Archiv für Süddeutschland, 1. Bd. 1807, 2. Bd. 1808, Art. „Tirolische Landtage"). — Hiermit soll übrigens die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland keineswegs etwa als ein Nationalunglück erklärt werden, wie sie Beseler in seinem „Volksrecht und Juristenrecht" (S. 42 ff.) hinstellt, sondern nur der unleidlichen Fiktion entgegengetreten werden, dass die Juristen dabei als „Depositäre und Repräsentanten des Volksbewusstseins" handelten. Beseler (l. c. S. 76 ff.) sucht dieser Inkonvenienz dadurch zu entgehen, dass er zwischen eigentlichem Volksrechte (dem unmittelbar aus dem Volksbewusstsein erwachsenen Rechte) und jenem Gewohnheitsrechte unterscheidet, welchem nur eine zufällige oder auf äussern dem Volksgeiste oft widerstrebenden Einflüssen beruhende Kontinuität der Uebung zu Grunde liegt, und die Rezeption des römischen Rechts als Ausfluss des letztern erklärt (S. 78). Die Unhaltbarkeit dieser Unterscheidung ist von Beseler's eigenem Standpunkte treffend nachgewiesen bei Sintenis (l. c. S. 8, Note 2).

43) Dass dieses Zutagefördern der im geltenden Rechte liegenden, obgleich noch nicht klar zum Bewusstsein gebrachten Rechtssätze nicht, wie Savigny (S. 47) und Puchta (S. 37; §. 16) wollen, als eine selbständige Art der Rechtsbildung, die Wissenschaft nicht als eine eigene Rechtsquelle betrachtet werden könne, kann heutzutage bereits als die herrschende Ansicht gelten. (S. Unger, l. c. S. 43, N. 8.)

Druck der Wagner'schen Universitäts-Buchdruckerei.



